



**UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES
UCAM ATAME-DF
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL**

ANA VITÓRIA FERNANDES BRETTAS

**CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA
PREVIDENCIÁRIA – EXCLUSÃO DA
CULPABILIDADE POR INEXIGIBILIDADE DE
CONDUTA DIVERSA**

Brasília
2010

ANA VITÓRIA FERNANDES BRETTAS

**CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA
PREVIDENCIÁRIA – EXCLUSÃO DA
CULPABILIDADE POR INEXIGIBILIDADE DE
CONDUTA DIVERSA**

Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de pós-graduação “lato sensu” em Direito Penal e Processo Penal pela ATAME PÓS-GRADUAÇÃO E CURSOS.

Brasília
2010

FICHA CATALOGRÁFICA

Brettas, Ana Vitória Fernandes

Crime de Apropriação Indébita Previdenciária - Exclusão da Culpabilidade por Inexigibilidade de Conduta Diversa / Ana Vitória Fernandes Brettas. -- Brasília [S.n], 2010.

55 f.

Trabalho de Conclusão de Curso da ATAME. Curso de Pós-Graduação e Cursos.

Proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, sem permissão expressa do Autor. (Artigo 184 do Código Penal Brasileiro, com a nova redação dada pela Lei n.º 8.635, de 16-03-1993).

ANA VITÓRIA FERNANDES BRETTAS

**CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA – EXCLUSÃO
DA CULPABILIDADE POR INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA**

Monografia apresentada como requisito
para a conclusão do curso de pós-
graduação “lato sensu” em Direito Penal e
Processo Penal pela ATAME PÓS-
GRADUAÇÃO E CURSOS.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ____/____/____, com
menção ____ (_____).

Banca Examinadora

Orientador
Universidade Cândido Mendes – ATAME

Examinadora
Universidade Cândido Mendes – ATAME

Examinador
Universidade Cândido Mendes – ATAME

Aos meus pais, Manoel e Iolete que sempre apoiaram minhas decisões e me ensinaram os verdadeiros valores da vida.

À meu marido, Marcelo, pela compreensão e paciência, pelas inúmeras maneiras como me ajudou e me incentivou, confortando-me nas horas em que achava tudo perdido.

Ao meu filho Felipe, pela maravilhosa oportunidade de ser mãe, de querer ser a cada dia uma pessoa melhor, e à toda minha família, pela paciência do tempo que subtraí de seu convívio, dedicados a escrever este trabalho.

À Deus que a cada momento de desânimo, me mostra o lado bom de todas as coisas, me dando força para que eu siga em frente.

RESUMO

A omissão de recolhimento de contribuições previdenciárias, inadequadamente denominada “apropriação indébita previdenciária”, está atualmente inserida entre os delitos patrimoniais previstos no Título II, Capítulo V do Código Penal, e visa tutelar a manutenção e o regular funcionamento da Previdência Social. Os representantes legais das empresas efetuam, todo mês, um desconto na folha de pagamento de seus empregados, sendo que tais valores são repassados à Previdência Social, a fim de custear vários benefícios que eventualmente podem ser gozados pelo trabalhador, como aposentadoria, seguro desemprego, salário maternidade etc. Em virtude da importância dessa contribuição previdenciária para a sociedade, o legislador brasileiro definiu que comete crime todo aquele que recolhe o tributo e deixa de repassá-lo à Previdência Social, no prazo e na forma legal, usufruindo o sujeito ativo desse valor como se fosse seu ou de sua empresa. Surge a indagação se é possível culpar o empresário que opta por priorizar o pagamento dos salários de seus empregados e das dívidas contraídas com os seus fornecedores, deixando em segundo plano a quitação das obrigações tributárias, visando manter a sobrevivência de sua empresa? Sobre esse prisma, o presente trabalho objetiva, principalmente, abordar os pontos de divergência na doutrina e na jurisprudência em torno do fato de as dificuldades econômicas enfrentadas pela empresa terem ou não o condão de excluir a pretensão punitiva do Estado. Trata-se de um tema de grandes repercussões práticas é de vital importância em face das sérias consequências da propositura de uma ação penal de forma indiscriminada contra qualquer cidadão, bem como da proibição constitucional de prisão por dívida.

Palavras-chave: Contribuições Previdenciárias, Apropriação Indébita, Divergência, Doutrina, Jurisprudência.

ABSTRACT

The omission of social security contributions, inappropriately called "misappropriation pension", is currently inserted between offenses against property referred to in Title II, Chapter V of the Penal Code aims to protect and regulate the maintenance and operation of Social Security. The legal representatives of the companies perform, every month, a discount on the payroll of its employees, and such values are passed on to Social Security in order to afford various benefits that can possibly be enjoyed by the worker, such as retirement, unemployment insurance, maternity pay etc. Given the importance of social security contributions to society, the Brazilian legislature has defined who commits a crime whoever collects the tax and fails to pass it to Social Security, on time and in legal form, enjoying the active subject of this value as if it were your or your company. The question arises whether it is possible to blame the employer who chooses to prioritize the payment of wages to his employees and debts with its suppliers, leaving the background discharge of tax obligations, to maintain the survival of your company? On this view, the present study aims mainly to address the points of disagreement in doctrine and case law around the fact that the economic difficulties faced by the company whether or not the power to exclude the claim punitive state. This is a topic of great practical impact is of vital importance in view of the serious consequences of bringing a criminal action indiscriminately against any citizen, and the constitutional prohibition of imprisonment for debt.

Keyword: Security Contributions, Misappropriation, Disagreement, Doctrine, Case Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 EVOLUÇÃO HISTÓRIA DO CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA	10
2 SIGNIFICADO DO ATO DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA	13
3 ANÁLISE DO TIPO PENAL – ARTIGO 168-A DO CÓDIGO PENAL	15
3.1 Características Gerais.....	15
3.2 Bem Jurídico Protegido.....	16
3.3 Elementos objetivos do Tipo penal	17
3.4 Elemento subjetivo do tipo penal	20
3.5 Resultado Jurídico Relevante e Desvalioso.....	25
3.6 Momento Consumativo e Tentativa	25
3.7 Sujeitos do Delito	26
4 CULPABILIDADE.....	27
4.1 Conceito de Culpabilidade	27
4.2 Causas Excludentes	28
4.3 Dificuldades Financeiras.....	29
4.4 Causas Legais de Exclusão da Culpabilidade	33
4.5 Causas Supralegais de Exclusão da Culpabilidade por Inexigibilidade de Conduta Diversa	35
4.6 Aplicação nos Crimes Contra a Previdência Social	36
5 APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	42
5.1 Contribuição Previdenciária e desconto automático sobre a Folha de Salário ...	42
5.2 Inconstitucionalidade do art. 168-A, Código Penal	43
5.3 O art. 168-A atenta contra o direito de não ser preso por dívidas.....	45
5.4 O art. 168-A atenta contra o direito alimentar <i>imediato</i> da pessoa humana	47
5.5 O art. 168-A Atenta Contra o Trabalho Humano e à Livre Iniciativa	48
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS.....	52

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é demonstrar os principais pontos de debates realizados nas Cortes de Justiça deste País, bem como na doutrina, em relação ao Crime de Apropriação Indébita Previdenciária, previsto no art. 168-A do Código Penal, com enfoque sobre a inexigibilidade de conduta diversa como justificativa para a exclusão da culpabilidade.

Diante das dificuldades financeiras enfrentadas pelas empresas, promovidas muitas vezes pelo próprio Estado, o responsável tributário, para manter as atividades de sua empresa, utiliza-se de valores tributáveis retidos na fonte para equilibrar as suas contas ou para satisfazer necessidades mais importantes, como por exemplo, o pagamento dos salários de seus empregados, caracterizando, assim, o crime de apropriação indébita.

A doutrina e a jurisprudência dividem-se no que diz respeito à possibilidade de adoção da tese da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, principalmente nos casos de crimes de sonegação fiscal, seja por ausência de pagamento de impostos, seja pelo não recolhimento de contribuições previdenciárias.

Restando comprovada a insolvência do devedor na época dos fatos incriminados, pode-se decretar a absolvição do acusado, com base 386, V, do Código de Processo Penal? As dificuldades financeiras enfrentadas pela empresa pode configurar uma causa excludente de culpabilidade, em razão da inexigibilidade de conduta diversa?

Com base nessas indagações desenvolveremos o presente estudo, objetivando demonstrar que, apesar da legislação de regência não contemplar a aplicação do princípio da inexigibilidade de conduta diversa decorrente de problemas econômicos ou financeiros, a doutrina e a jurisprudência vêm admitindo a absolvição do responsável tributário, em certos casos, atenuando-se o rigor da lei.

Na realidade, não há consenso doutrinário quanto ao crime de não recolhimento de contribuições previdenciárias sobre diversos temas. Dentre eles, a

natureza jurídica do delito, a necessidade ou não do prévio exaurimento da via administrativa como pressuposto para a ação penal, a pretensão da prisão do devedor.

Além disso, há diferentes entendimentos acerca da exigência do **animus rem sibi habendi** estar ou não presente na conduta daquele que realiza as elementares do crime de apropriação indébita previdenciária.

O primeiro capítulo tratará da definição e da evolução legislativa do crime em apreço, desde o Decreto-Lei nº 65/1937, até a introdução do art. 168-A no Código Penal, em razão do advento da Lei nº 9.983/2000.

Em seguida, para um adequado entendimento do assunto, será necessário revisar os aspectos gerais do tipo penal em questão, com destaque sobre a natureza jurídica do delito e o dolo do agente. Posteriormente serão analisados os elementos normativos da culpabilidade: 1) imputabilidade; 2) consciência potencial da ilicitude; 3) exigibilidade de conduta conforme o direito.

Há outras questões controvertidas a investigar acerca dos seguintes pontos:

- 1) a vontade de se apropriar dos valores descontados dos salários dos empregados, sem motivo justo, deve ser demonstrado com a imputação da denúncia?
- 2) A prova da inexistência de recursos financeiros compete à defesa?
- 3) inconstitucionalidade do art. 163-A do Código Penal.

Para a realização dessa pesquisa serão feitas pesquisas bibliográficas, legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais, mais especificamente:

- Legislação: Constituição Federal de 1988; Código Penal Brasileiro;
- Doutrina: livros, periódicos, revistas, publicações, artigos e textos eletrônicos que tratem do tema desse trabalho.
- Jurisprudências
- Sítios eletrônicos.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRIA DO CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA

O primeiro instrumento legislativo criado para punir condutas lesivas à Previdência Social foi o Decreto-Lei nº 65, de 14 de dezembro de 1937, que previa em seu art. 5º: O empregador que reter as contribuições recolhidas de seus empregados e não recolher na época própria incorrerá nas penas do art. 331, nº 2 da consolidação das Leis Penais, sem prejuízo das demais sanções estabelecidas neste decreto lei.

O artigo 331, nº 2, da Consolidação das Leis Penais, por sua vez, dispunha: “Apropriar-se de coisa alheia que lhe houver sido confiada, ou consignada por qualquer título, com a obrigação de a restituir, ou fazer dela uso determinado”. O delito era punido com penas idênticas às do furto (art.330).

Após a unificação da Previdência Social, com a edição da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, deu-se maior amplitude ao que hoje se denomina apropriação indébita previdenciária, dispondo no seu art. 86, *in verbis*:

Será punida com as penas do crime de apropriação indébita a falta de recolhimento, na época própria, das contribuições e de quaisquer outras importâncias devidas às instituições de previdência e arrecadadas dos segurados ou do público. Parágrafo único – Para os fins deste artigo, consideram-se pessoalmente responsáveis o titular da firma individual, os sócios solidários, gerentes, diretores ou administradores das empresas incluídas no regime desta lei.

Apesar da referida lei descrever a conduta incriminadora, remeteu a sanção penal para outro diploma legal.

Em seguida, o Decreto nº 66/1996, alterou diversos dispositivos da Lei Orgânica da Previdência Social, prevendo novo tipo penal de apropriação indébita, no seu art. 155, II, entretanto, mais uma vez, remeteu o preceito sancionador para outra lei.

Eis a redação do artigo 155, inciso II da referida lei:

Constituem crime (...) de apropriação indébita, definido no art. 168 do Código Penal, além dos atos previstos no art. 86, a falta de pagamento do salário-família aos empregados quando as respectivas quotas tiverem sido reembolsadas à empresa pela previdência social.

Posteriormente, a Consolidação das Leis da Previdência Social – CLPS (Decreto nº 77.077), promulgada em 02 de fevereiro de 1976, nada inovou nessa matéria, mantendo os mesmos tipos penais instituídos pelo Decreto-Lei 66, que foram inseridos no mencionado diploma legal pelos artigos 149 e 224.

Sobreveio a Lei nº 8.137, de dezembro de 1991, que definiu genericamente os crimes de sonegação fiscal e dispôs, em seu artigo 2º, inciso II, acerca da omissão em recolher as contribuições sociais, dentre elas as contribuições previdenciárias, descontadas ou cobradas, nos seguintes termos:

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

(...)

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

(...)

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Como se depreende do referido texto legal, foi definido, a partir da vigência da referida lei, um novo tipo penal, autônomo, criminalizando a conduta ali descrita e cominando-lhe pena específica definida no próprio dispositivo jurídico.

A Lei 8.137/90 perdurou por pouco, pois, entrou em vigor a Lei 8.212/91, que definiu o Plano de Custeio da Seguridade Social e tipificou, em seu art. 95, d, tipificou a mesma conduta delituosa, conferindo-lhe, todavia, tratamento jurídico-penal mais rigoroso em termos de regime e quantidade da pena aplicável.

Posteriormente, a Lei 9983/2000, revogou expressamente o artigo 95, alínea “d”, da Lei 8.212/91 e acrescentou ao Código Penal Brasileiro o artigo 168-A, tipificando o referido delito e denominando-o, apropriação indébita previdenciária. Atualmente, é este o diploma legal vigente nessa matéria, apresentando a seguinte redação:

Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem deixar de:

I - recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público;

II - recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços;

III - pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social.

§ 2º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

§ 3º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:

I - tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; ou

II - o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

Os delitos referem-se somente às contribuições, as condutas delituosas assemelhadas relativas às contribuições para a seguridade social, cobradas pela Receita Federal, voltam a ser tipificadas na Lei de Crimes contra a Ordem Tributária.

Em resumo, as tipificações ao longo do tempo do crime de apropriação indébita previdenciária, foram:

- Até 27/12/1990: tratava-se do crime de apropriação indébita;
- De 28/12/1990 até 24/07/1991: figuravam como crimes contra a ordem tributária (art. 2º, II da Lei 8.137/90 c/c art. 5º da Lei n.º 7.492/86);
- De 25/07/1991 até 14/10/2000: estavam presentes como crimes contra a Seguridade Social (art. 95, “d”, “e” e “f” da Lei 8.212/90 c/c art. 5º da lei 7.492/86);
- A partir de 15/10/2000: Apropriação Indébita Previdenciária (art. 168-a, do Código Penal, com redação dada pela Lei n.º 7.492/86).

2 SIGNIFICADO DO ATO DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA

Apropriar-se, em sentido clássico, significa fazer sua uma coisa alheia, algo que não lhe pertence. Em outras palavras, atuar como dono sobre algo que não lhe pertence. No delito de apropriação, de qualquer modo, a característica fundamental é que a apropriação sucede à posse ou detenção da coisa. De início não existe o *animus delinquendi*: o agente recebe ou passa a deter a coisa (o valor) licitamente, cumprindo disposições legais. Essa sua posse ou detenção, ainda que só contábil, entretanto, é precária ou temporária.¹

Tudo isso significa, na apropriação indébita previdenciária, que, dentro dos prazos legais, deve o obrigado transferir o valor que detém, ainda que só contabilmente, a quem é seu legítimo destinatário. Dá-se a apropriação justamente no momento posterior em que o sujeito:

Muda o título da posse ou detenção da coisa, passando a dispor dela [ou a permanecer em posse dela], depois de vencido o prazo legal, *ut dominus*. Cessa de possuir alieno nomine e faz entrar a coisa no seu patrimônio, ou dispõe dela como se fora o dono, isto é, com o propósito de não restituí-la, ou de não lhe dar o destino a que estava obrigado, ou sabendo que não mais poderia fazê-lo.²

Argumenta-se que no âmbito previdenciário seria impossível a conduta de apropriação: a parcela que o agente tem obrigação de recolher ou descontar e posteriormente repassar à previdência social, no plano do concreto, é destacada por meio de uma operação meramente contábil e portanto fictícia, não havendo qualquer transferência real de patrimônio. Assim, tal verba, não tendo saído do patrimônio do sujeito, portanto, sendo de sua propriedade, posse ou domínio legítimo, é impossível de ser apropriada, já que não se apropria de algo que se possui.³

Necessário se faz salientar que uma coisa é a apropriação indébita, outra distinta é a apropriação. A falta de recolhimento ou o ato de não repassar o que é devido à previdência, por si só revela-se uma apropriação. Indaga-se: e quando ela

¹ GOMES, Luiz Flávio. *Crimes previdenciários: apropriação indébita, sonegação, falsidade documental, estelionato, a questão do prévio exaurimento da via administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 31.

² HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 143.

³ AMARAL, Leonardo Coelho do. *Reflexos acerca das causas especiais de extinção da punibilidade*. Disponível em: www.direitocriminal.com.br/doutrinanacional. Acesso em: 26 out. 2008.

será indevida (criminosa)? Será indevida quando afetar antijuridicamente o bem jurídico protegido. E isso não se dá com a simples omissão.⁴

⁴ GOMES, op. cit., p. 31.

3 ANÁLISE DO TIPO PENAL – ARTIGO 168-A DO CÓDIGO PENAL

3.1 Características Gerais

Em substituição ao art. 95, d, da Lei n.º 8.212/91, que tratava dos crimes contra a Previdência Social, o art. 1º da Lei n.º 9.983/00, inseriu no Código Penal a figura típica especial denominada apropriação indébita previdenciária com a seguinte redação: “art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional. Pena: reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa”.⁵

No parágrafo 1º do art. 168-A, prevê a lei os tipos penais assemelhados e com as mesmas penas à figura do caput. O primeiro deles é deixar de “recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada ao público”.

São segurados obrigatórios o empregado, o empregado doméstico, o empresário, o trabalhador autônomo, o trabalhador avulso e o segurado especial. Mas a lei refere-se também a terceiros, individualmente, e ao público. Assim, é indiferente de onde provenha a contribuição ou qualquer importância destinada à previdência Social. Basta que tenha sido ela descontada de pagamento, ou seja, de qualquer remuneração.

Na verdade, são várias as condutas tipificadas no artigo 168-A, entretanto far-se-á uma abordagem sobre a conduta descrita no **caput**, pois ser mais recorrente na prática forense.

São quatro as formas típicas de realização do delito de apropriação indébita previdenciária:⁶

1º - 168-A Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:

⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: atlas, 2004, p. 293.

⁶ BALERA, Wagner. *Apropriação Indébita Previdenciária*. São Paulo: IOB, 2000, p. 22.

2º - § 1º Nas mesmas penas incorre quem deixar de:

3º - II - recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços;

4º - III - pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social.

Em suma, são quatro as condutas previstas no artigo 168-A do Código Penal: a) deixar de repassar à Previdência Social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional; b) deixar de recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à Previdência Social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público; c) deixar de recolher contribuições devidas à Previdência Social que tenha integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços; e, d) deixar de pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela Previdência Social.⁷

Pela simples leitura dos elementos objetivos do tipo descrito, observa-se que se trata de uma norma penal em branco. Com efeito, o tipo penal não especifica o prazo e forma pelos quais as contribuições sociais devem ser recolhidas e, para sua aplicação, faz-se necessário a sua complementação pela legislação previdenciária correspondente (leis, decretos, portarias etc.)

3.2 Bem Jurídico Protegido

O bem jurídico protegido no delito de apropriação indébita previdenciária possui natureza patrimonial. Tutela-se o patrimônio, ou melhor, os interesses patrimoniais da previdência social (do INSS, mais precisamente, que é a autarquia que recebe e administra as importâncias recebidas). O bem jurídico, assim, é supra-individual. É o patrimônio coletivo que está tutelado diretamente, não o patrimônio do trabalhador de quem foi feito o desconto.⁸

⁷ GALVÃO, Robson. *Apropriação indébita previdenciária: crime formal ou material?* Disponível em: <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/314580/> Acesso em: 8 ago. 2008

⁸ MONTEIRO, Antonio Lopes. *Crimes contra a previdência social*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 31.

Os delitos previdenciários, em consequência, já não podem ser vistos desde a perspectiva individualista. O delito de apropriação indébita previdenciária sempre deve ocasionar, em consequência, uma lesão patrimonial, que acaba afetando só secundariamente os interesses dos próprios segurados e a livre concorrência das empresas (a empresa que, podendo, não efetua o recolhimento das contribuições acaba apoderando-se de algo que juridicamente não lhe pertence. Ganha, com isso, maior disponibilidade financeira para seus negócios).⁹

Em resumo: o objeto da tutela penal, nos crimes previdenciários, esgota-se numa relação puramente patrimonial. E crime existe quando a “função arrecadadora da previdência social” resulta antijuridicamente afetada (lesada). Considere-se que o crime é de apropriação indébita, e não de apropriação previdenciária. Se considerarmos que para cada despesa deve haver uma receita, não há dúvida de que todas as estimativas de receita feitas pelo Poder Público devem ser concretizadas. Na medida em que resultam frustradas essas expectativas arrecadadoras, isto é, na mesma proporção (e só nessa proporção) em que a função arrecadadora sofre uma afetação (uma efetiva lesão), pode-se vislumbrar a configuração de um delito previdenciário.¹⁰

3.3 Elementos objetivos do Tipo penal

Todos os delitos que acabam de ser descritos, doravante, possuem a natureza de delitos de apropriação indébita, porém entendida em sentido jurídico (a apropriação previdenciária), não naturalístico (apropriação patrimonial clássica). Primeiro pelo *nomen iuris* do delito (que não define sua natureza); em segundo lugar pela posição topográfica do art. 168-A; em terceiro lugar pela própria estrutura interna dos tipos penais, todos centrados na “posse” precedente da contribuição ou benefício (posse física ou puramente contábil), que deve ser repassado ou recolhido em favor da previdência social ou pago ao segurado.¹¹

⁹ GOMES, op. cit., p. 26.

¹⁰ Ibidem

¹¹ Ibidem, p. 25.

Sempre houve muita polêmica na doutrina e na jurisprudência sobre a verdadeira natureza jurídica do crime de apropriação indébita previdenciária.

Salvo algumas poucas exceções, os Tribunais Pátrios vinham entendendo trata-se de crime omissivo próprio formal, ou seja, não se exige a apropriação dos valores que deveriam ser recolhidos, com inversão da posse respectiva, e nem dano efetivo à Previdência Social, consumando-se o crime com a simples omissão no recolhimento da contribuição, sem necessidade de resultado naturalístico.¹²

Grande parte da doutrina se inclinava no mesmo sentido, entendendo que não se trataria de crime de apropriação propriamente dito, pois não se exigiria à configuração delitiva a apropriação de valor, mas sim a omissão em deixar de recolher à Previdência a contribuição enfocada. Outros entendem que se pode falar em apropriação, ainda que contábil, pois “quem contabiliza um desconto da previdência e depois não repassa, sabendo disso e podendo fazer isso, se apropria do que devia ter recolhido.”¹³

De qualquer forma, bastaria a presunção ficta de uma apropriação por parte do responsável tributário. Chegava-se a entender que mesmo que não tivesse sido, por exemplo, descontada dos trabalhadores a contribuição, seria suficiente, para a configuração do crime, que se deixasse de recolher os valores à previdência, no prazo e na forma estabelecida em lei.

Ao assim se classificar tal tipo penal, tinha-se como importante consequência a desnecessidade do encerramento do processo administrativo fiscal, pois seria suficiente a simples omissão, não tendo que se falar em lançamento definitivo do crédito tributário. Igualmente, não seria necessária a inversão da posse, dano efetivo à previdência e nem ânimo de apropriação por parte do responsável tributário.¹⁴

¹² GALVÃO, op. cit., acesso em: 8 ago. 2008

¹³ Ibidem

¹⁴ CASTRO, Wellington Cláudio Pinho de. *Lei 9983/00: crime de apropriação indébita previdenciária. Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 44, ago. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1496>>, acesso em: 8 ago. 2008.

Entretanto, recentemente, o Supremo Tribunal Federal – STF, no Julgamento do Inquérito nº 2537¹⁵ decidiu que o ilícito da apropriação indébita previdenciária – seja na definição da antiga Lei n.º 8.212/91, ou no artigo 168-A do CPB – não pode ser havido como omissivo próprio, exaurindo-se com o inadimplemento.

Eis a ementa do referido acórdão:

APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA – CRIME - ESPÉCIE. A apropriação indébita disciplinada no artigo 168-A do Código Penal consubstancia crime omissivo material e não simplesmente formal. INQUÉRITO - SONEGAÇÃO FISCAL - PROCESSO ADMINISTRATIVO. Estando em curso processo administrativo mediante o qual questionada a exigibilidade do tributo, ficam afastadas a persecução criminal e - ante o princípio da não-contradição, o princípio da razão suficiente - a manutenção de inquérito, ainda que sobrestado. (STF Pleno, nq-AgR 2537 / GO – GOIÁS, julg. 10.3.2008, pub. 13.6.2008, Relator(a): Min. Marco Aurélio)

Se o não pagar constituísse o crime em questão, este seria inconstitucional. Se a Constituição interditou a prisão por dívida, entendendo que a liberdade é valor superior ao patrimônio, não poderia o legislador infraconstitucional superar a proibição e lograr o intento interditado pela Carta Política erigindo à condição de crime o não pagar.¹⁶

A decisão unânime do plenário da Corte Suprema outorga interpretação diametralmente oposta da que vinha sendo adotada pela quase unanimidade dos órgãos julgadores e doutrina dominante quanto ao tipo em referência.

A importância do julgado é muito grande, pois pode acarretar a impossibilidade de instauração de inquérito policial e de oferecimento de denúncia antes do encerramento definitivo do processo administrativo,¹⁷ bem como pode passar a se entender ser imprescindível, por se tratar de crime material, a apropriação efetiva, e não mais ficta, com inversão da posse respectiva, do valor efetivamente descontado, que deveria ser repassado à previdência social.

Além da inversão da posse poderia se entender que passaria a ser necessária, ainda, a ocorrência do dolo específico, ou seja, a demonstração do

¹⁵ BRASIL. Inq 2537 AgR/GO, rel. Min. Marco Aurélio, 10.3.2008 (Inq- 2537)

¹⁶ GALVÃO, op. cit.

¹⁷ Igualmente ao que já ocorre nos crimes de sonegação fiscal e de sonegação previdenciária

ânimo de apropriação, ainda que, conforme muitos, haja uma grande dificuldade prática para sua caracterização.¹⁸

3.4 Elemento subjetivo do tipo penal

Tanto no caso do caput, quanto no caso do §1º, I a discussão acerca da necessidade ou desnecessidade do dolo específico para a configuração do tipo gera dúvidas e discussões ainda não pacificadas na doutrina.

Trata-se de crime doloso, ou seja, comete o crime quem age voluntariamente, deixando de recolher a contribuição. Dessarte, não existe o crime citado na forma culposa.

Em um primeiro momento, a jurisprudência dos tribunais federais inclinou-se no sentido de que a referida conduta era modalidade de apropriação indébita, exigindo para a configuração do delito a presença do elemento volitivo consistente no animus de ter para si os valores não recolhidos (*animus rem sibi habendi*). Conseqüentemente, se não restasse comprovado esse elemento anímico, por sinal, de difícil comprovação, a conduta era atípica e o acusado absolvido.¹⁹

Posteriormente, esse entendimento evoluiu para reconhecer que o tipo seria autônomo, e não modalidade de apropriação, cuidando-se na verdade de crime omissivo puro (ou próprio) que prescinde da intenção de apropriar-se dos valores não recolhidos. Com base nessa jurisprudência, a simples conduta de o agente arrecadar a contribuição do empregado e não recolhê-la aos cofres da previdência, independente da destinação dada a esses recursos, configura o crime.

Ao assim se classificar tal tipo penal, tinha-se como importante conseqüência a desnecessidade do encerramento do processo administrativo fiscal, pois seria suficiente a simples omissão, não tendo que se falar em lançamento definitivo do crédito tributário. Igualmente, não seria necessária a inversão da posse,

¹⁸ GALVÃO, op. cit.

¹⁹ CASTRO, op. cit., acesso em: 8 ago. 2008.

dano efetivo à previdência e nem ânimo de apropriação por parte do responsável tributário.²⁰

Conforme dito acima, o Supremo Tribunal Federal, no Julgamento do Inquérito nº 2537, decidiu que o tipo penal em análise não é formal, pois, segundo a Suprema Corte, a omissão no repasse de valores recolhidos dos contribuintes demonstra a ocorrência de um resultado material, que é pressuposto da tipicidade penal do referido crime.

A mencionada decisão do STF teve uma grande repercussão, haja vista que sendo visto como crime material exige, além da conduta do agente, a descrição do evento danoso, isto é, um resultado, demandando, em princípio, a prova da intenção do agente.

Com isso, voltou à tona o entendimento jurisprudencial que exigia a presença do animus **rem sibi habendi** para a configuração desse delito.

A propósito, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão no sentido que o mero não repasse das contribuições devidas à Previdência não é suficiente para a configuração do delito, revelando-se necessária também a vontade específica do agente de ter para si os valores recolhidos do contribuinte, ou seja, o animus rem sibi habendi.

Veja-se o precedente:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA (ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL). RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. RESTRIÇÃO A CRIMES AMBIENTAIS. ADESÃO AO REFIS. DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES. NECESSIDADE DE PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO. DATA DO PARCELAMENTO. APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.964/2000. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. RETIRADA DA SOCIEDADE.

IRRELEVÂNCIA. DOLO ESPECÍFICO. DIFICULDADE FINANCEIRA DA EMPRESA NÃO EVIDENCIADA. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. TESE A SER ANALISADO APÓS A INSTRUÇÃO CRIMINAL. RECURSO IMPROVIDO.

1. A única previsão legal para a responsabilização criminal de pessoa jurídica ocorre nas hipóteses de crimes ambientais e, mesmo assim, desde que haja também imputação à pessoa física que por ela responde.

²⁰ CASTRO, op. cit., acesso em: 8 ago. 2008.

2. A adesão ao REFIS não implica, necessariamente, na extinção da punibilidade, que está condicionada ao pagamento integral do débito.

Considerando que a inclusão no REFIS ocorreu em 28.04.00, quando já em vigor a Lei nº 9.964, publicada em 11.04.00, é esta a norma a ser aplicada, daí decorrendo a exigência de pagamento integral do débito para a extinção da punibilidade.

3. O fato de o paciente não mais integrar a sociedade no momento do descumprimento das obrigações assumidas no REFIS não altera esse quadro, considerando que a punibilidade estava apenas suspensa, ficando sua extinção condicionada ao pagamento integral do débito, o que não ocorreu.

4. O tipo previsto no art. 168-A do Código Penal não se esgota somente no "deixar de recolher", isto significando que, além da existência do débito, deve ser analisada a intenção específica ou

vontade deliberada de pretender algum benefício com a supressão ou redução do tributo, já que o agente "podia e devia" realizar o recolhimento.

5. Não se revela possível reconhecer a inexigibilidade de conduta se não ficou evidenciada a alegada crise financeira da empresa, cabendo ao magistrado de primeiro grau melhor examinar a matéria após a instrução processual.²¹

Entretanto, a questão, não se encontra pacificada, nem mesmo no Tribunal da Cidadania, tanto que há precedente em sentido contrario da Quinta Turma dessa Corte de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. ÔNUS PROBATÓRIO DA DEFESA. CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO. DOLO ESPECÍFICO. ANIMUS REM SIBI HABENDI. COMPROVAÇÃO DESNECESSÁRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. O Tribunal a quo, soberano na análise das circunstâncias fáticas da causa, afastou o argumento da inexigibilidade de conduta diversa, em virtude das dificuldades financeiras enfrentadas pela empresa. Assim, entender de modo diverso demandaria o reexame do conjunto probatório dos autos, o que é vedado nesta via mandamental.

2. Reconhecer a continuidade delitiva implica amplo reexame da matéria fático-probatória dos autos sobre as condições de tempo, lugar e maneira de execução dos crimes para determinar que as várias apropriações indébitas foram continuação de uma primeira, o que é vedado na estreita via do recurso especial.

3. A reprimenda foi devidamente individualizada, porquanto o Tribunal a quo, ao proceder a fixação da pena-base, à luz do art. 59 do Código Penal, fundamentou a necessidade de sua exasperação acima do mínimo legal, ao reconhecer e demonstrar as circunstâncias judiciais desfavoráveis ao Agravante.

4. O dolo do crime de apropriação indébita de contribuição previdenciária é a vontade de não repassar à previdência as contribuições recolhidas, dentro do prazo e das formas legais, não se exigindo o animus rem sibi habendi,

²¹ BRASIL. RHC 20558/SP, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 14/12/2009

sendo, portanto, descabida a exigência de se demonstrar o especial fim de agir ou o dolo específico de fraudar a Previdência Social, como elemento essencial do tipo penal.

5. Agravo regimental desprovido.²²

Sobre o tema, vale a pena destacar a lição de Douglas Fischer, Procurador regional da República na 4ª Região), *in verbis*:

Com a chancela - por ora, espera-se de parcas decisões jurisprudenciais, alguns nobres advogados que militam na área do Direito Penal têm propagado a idéia de que o Supremo Tribunal Federal (STF) teria mudado seu entendimento acerca de como se consumaria o delito denominado de apropriação indébita previdenciária, previsto no artigo 168-A, parágrafo 12, inciso I do Código Penal. A suposta alteração na jurisprudência da Corte suprema teria sido promovida durante o julgamento do inquérito n.º 2.537, que, segundo alguns, teria definido que, para que o crime reste consumado, seria necessária a demonstração de que o agente também teria se apropriado dos valores que descontou e não repassou aos cofres públicos. Com todas as vênias, há um manifesto equívoco, pois tais doutrinadores têm-se limitado a ler - e propagar - somente a ementa da decisão do Supremo, auxiliando na difusão de uma nova forma de interpretação jurídica, que denominamos há algum tempo de "hermentismo" - termo inexistente no dicionário, é verdade, mas que para nós significa a "hermenêutica das ementas".

No referido acórdão, efetivamente constou na ementa - por equívoco, certamente - que para se consumir o crime seria necessária a demonstração de que o agente teria se apropriado dos valores que descontou e não repassou aos cofres públicos. Não necessita se apropriar. Nem poderia o Supremo dizer o contrário. O crime se consuma unicamente com a retenção e o não-repasse dos valores no prazo legal aos cofres públicos. Não se exige a chamada apropriação indébita (a inversão da posse), denominada em expressão jurídica clássica como "animus rem sibi habendi".

No julgamento do inquérito n.º 2.537, para quem tiver o trabalho de ler todo o teor do julgamento, e não apenas a ementa, é fácil verificar que somente o relator foi quem defendeu a - com a devida vênia - esdrúxula idéia de que o crime necessitaria, para sua consumação, que o autor do crime também se apropriasse dos valores. Pior que isso foi já se ver alguns julgados aplicando o "precedente". Quer dizer: aplicando a ementa. É assim que se têm formado certos entendimentos jurisprudenciais, o que, para nós, chega a ser surreal e certamente causaria invejas ao maior dos mestres do surrealismo, Salvador Dali.

Algumas rápidas observações: a primeira é a de que, no julgamento referido, estavam presentes apenas sete dos onze ministros do Supremo. Desses sete presentes, apenas um defendeu tal ponto de vista - o ministro Marco Aurélio, que, aliás, já admitiu publicamente ter uma verdadeira sina de divergir. O ministro certamente incorreu em erro, pensamos nós, porque a Corte colegiada, mesmo que pela composição mínima exigida para seu funcionamento, não acolheu a referida tese.

Em segundo lugar, o eminente procurador-geral da República apresentou embargos de declaração, alertando para omissões e contradições do julgado, mas deu-se verdadeira "penada" nos aclaratórios, sob o pretexto de que estaria pretendendo reanalisar a matéria. Verdadeiro argumento de autoridade e não autoridade do argumento. Para nós, respeitosamente, a

²² BRASIL. AgRg no Ag 1025105 / ES, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJU 15/12/2009

penada se deu para que não aparecesse as manifestas omissão e contradição do que efetivamente decidido e o que constou da ementa.

Se analisado o inteiro teor do aresto, ao menos é assim que lemos, é fácil verificar que o ministro Cezar Peluso foi enfático acerca da total improcedência da tese trazida pelo relator, como, inclusive, há muito vem dizendo, acertadamente, o Supremo. Na seqüência, os debates tomaram outro rumo e o Tribunal acabou entendendo que, efetivamente, era caso de arquivamento do inquérito. Mas não pelos fundamentos declinados pelo eminente relator. Isso é muito claro. Ler os argumentos e o que foi decidido é essencial.

Consoante se vê da norma que interessa ao caso - o artigo 168-A, parágrafo 12, inciso I do Código Penal -, "nas mesmas penas incorre quem deixar de recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à Previdência Social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público". Já no crime do artigo 168 do Código Penal (o verdadeiro delito de apropriação indébita), é indispensável a apropriação da coisa mediante a inversão da posse, sendo necessária a demonstração - exatamente por isso - do chamado "animus rem sibi habendi". Contudo, no delito de apropriação indébita previdenciária - outro brutal erro do nome do crime - não há exigência, na norma penal, da apropriação. O crime se consuma mediante duas condutas: a primeira comissiva (descontar) e a segunda omissiva (deixar de repassar no prazo legal). Inclusive foi o que constou expressamente de argumento do ministro Cezar Peluso ao rebater, pronta e eficazmente, a pretendida tese desenvolvida no êxodo da discussão pelo ilustre relator, ministro Marco Aurélio: "esse caso de apropriação indébita previdenciário não pode ser equiparado ao dos delitos materiais de débito tributário, porque aqui o núcleo do tipo, sobretudo no caso, que é o artigo 168, alínea 'a', inciso I, se compõe de dois verbos.

As ações são duplas: primeiro, descontar; segundo, deixar de recolher.

Resta bastante claro que não subsiste a argumentação de que o crime em tela exigiria também a demonstração do "animus rem sibi habendi". Esperamos que os magistrados e demais operadores do direito atentem para o que foi efetivamente decidido e não incorram no "hermentismo". Ao menos até agora, o Supremo não mudou absolutamente nada, e nem poderá. Se quiser, compete apenas ao legislativo fazê-lo." (p.E2) ²³

Nesse sentido, veja-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ART. [168-A](#) DO [CÓDIGO PENAL](#). ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO (ANIMUS REM SIBI HABENDI). IMPROCEDÊNCIA DAS ALEGAÇÕES. ORDEM DENEGADA.

1. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que para a configuração do delito de apropriação indébita previdenciária, não é necessário um fim específico, ou seja, o animus rem sibi habendi ([cf.](#), por exemplo, [HC 84.589](#), Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 10.12.2004), "bastando para nesta incidir a vontade livre e consciente de não recolher as importâncias descontadas dos salários dos empregados da empresa pela qual responde o agente" ([HC 78.234](#), Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 21.5.1999). No mesmo sentido: [HC 86.478](#), de minha relatoria, DJ 7.12.2006; [RHC 86.072](#), Rel. Min. Eros Grau, DJ 28.10.2005; [HC 84.021](#), Rel. Min. Celso de Mello, DJ 14.5.2004; entre outros).

²³ Revista Jus Vigilantibus, Domingo, 11 de janeiro de 2009 - Douglas Fischer, Procurador regional da República na 4ª Reg.

2. A espécie de dolo não tem influência na classificação dos crimes segundo o resultado, pois crimes materiais ou formais podem ter como móvel tanto o dolo genérico quanto o dolo específico.

3. Habeas corpus denegado.²⁴

3.5 Resultado Jurídico Relevante e Desvalioso

O crime de apropriação indébita previdenciária não é um crime de perigo, mas sim de lesão. Mais precisamente, de lesão aos interesses patrimoniais da previdência. Segundo a nova classificação dada pelo STF é um crime material (não formal, muito menos de mera conduta).

3.6 Momento Consumativo e Tentativa

Consuma-se, portanto, quando resulta concreta e efetivamente afetada a função arrecadadora da previdência social, é dizer, quando os interesses patrimoniais da previdência resultam tangenciados. Na linguagem clássica dir-se-ia: quando se dá a apropriação daquilo que é devido à previdência ou daquilo que a previdência reembolsou e não foi pago a quem de direito. A consumação se dá com o "ato de apropriação, sendo irrelevante indagar se o agente conseguiu efetivamente, ou não, o ilícito proveito visado."²⁵ Não interessa se o sujeito enriqueceu ou não com aquilo que deveria ter repassado. O tipo penal não exige esse enriquecimento ou o locupletamento.²⁶ Porém, exige a apropriação.²⁷

No caso específico da apropriação indébita previdenciária, como regra geral, o exato momento consumativo terá de ser considerado o da expiração do prazo legal (ou convencional) para repassar ou recolher a contribuição devida ou pagar o benefício devido a segurado e reembolsado à empresa pela previdência social, desde que presente, nesse momento, o dolo do agente, ou seja, a consciência inequívoca de que deveria ter repassado certa quantia para a

²⁴ BRASIL. HABEAS CORPUS: HC 96092 SP, relatora Ministra Carmen Lúcia, DJe-121 DIVULG 30-06-2009 PUBLIC 01-07-2009 EMENT VOL-02367-04 PP-00589.

²⁵ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 143.

²⁶ JESUS, Damásio E. de. *Código Penal Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2001.

²⁷ GOMES, op. cit., p. 30.

previdência e não repassou, apesar de ter condições para fazer isso. Sabia que tinha de repassar e não repassou. Podia repassar e não repassou. Isso significa, apropriação previdenciária.²⁸

A tentativa é possível sempre que a apropriação encerra um iter, isto é, quando a decisão de se apropriar do que é devido à previdência é perceptível exteriormente e não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente²⁹.

3.7 Sujeitos do Delito

O sujeito ativo do delito é o sujeito que deve repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes (titular de firma individual, sócios solidários, gerentes, diretores, administradores etc.), bem como todos aqueles que concorrem para o delito, por mandato, induzimento etc. respondem pelo crime. Na vigência da lei anterior a jurisprudência excluía o Prefeito Municipal.³⁰

Sujeito passivo é o Estado, propriamente, o órgão da Previdência Social, seja ela da União, dos Estados e Municípios, seja ela privada complementar com ou sem fins lucrativos. É também lesado o contribuinte.³¹

²⁸ MONTEIRO, Antonio Lopes. *Crimes contra a previdência social*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 31.

²⁹ GOMES, op. cit., p. 30.

³⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 293.

³¹ Ibidem

4 CULPABILIDADE

4.1 Conceito de Culpabilidade

Ao longo dos séculos existiram muitas teorias a respeito do conceito de culpabilidade, a principal razão desta gama de conceitos, está centrada na delicada função por ela exercida, que é a de fundamentar o castigo estatal. O conceito de culpabilidade exige uma justificativa clara e possível da razão da existência e da aplicação da pena.

A teoria psicológica conceitua a culpabilidade como sendo a responsabilidade do autor pelo ilícito que realizou, ou seja, é a relação subjetiva entre o autor e o fato, o dolo e a culpa eram as únicas espécies de culpabilidade, assim como também a sua totalidade. Para a teoria psicológica normativa a culpabilidade é um conteúdo e o próprio juízo de valor sobre este conteúdo é, pois, a reprovabilidade; o dolo e a culpa passam a ser elementos da culpabilidade. A teoria normativa pura considera a culpabilidade como aquele juízo de reprovação dirigido ao autor por não haver obrado de acordo com o Direito, quando lhe era exigível uma conduta em tal sentido; o dolo e a culpa passam da culpabilidade para o tipo.³²

Por fim, ao conceito de culpabilidade, após definições de várias teorias, foi atribuído um triplo sentido:

- Culpabilidade como fundamento da pena – trata da possibilidade ou não da aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, ou seja, proibido pela lei penal. Para isso, exige-se a presença de uma série de requisitos: capacidade de culpabilidade consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta;
- Culpabilidade como elemento da determinação ou mediação da pena – a culpabilidade funciona como limite da pena, impedindo que a pena seja aplicada a quem ou além da medida prevista pela própria idéia de culpabilidade;
- Culpabilidade como conceito contrário à responsabilidade objetiva – ninguém responderá por um resultado absolutamente imprevisível se não houver agido com dolo ou culpa. Não haverá pena sem culpabilidade.³³

³² BITENCOURT, César Roberto. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 281/299.

³³ Ibidem, p. 272/273.

Através do princípio da culpabilidade chega-se à conclusão de que não há pena sem culpabilidade, decorrendo disso existem as conseqüências materiais de que não há responsabilidade objetiva pelo simples resultado; a responsabilidade penal é pelo fato praticado e não pelo autor do fato; a culpabilidade é a medida da pena, é o grau de reprovabilidade da conduta, ela determina qual e o quantum de pena será aplicado.

4.2 Causas Excludentes

A culpabilidade é composta de três elementos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude, exigibilidade de conduta diversa. Imputável é aquele que tem capacidade psíquica suficiente a ponto de permitir que tenha consciência e vontade dentro do que se denomina autodeterminação, ou seja, capacidade para entender a antijuridicidade de sua conduta e de adequar essa conduta a sua compreensão; outro elemento essencial é a potencial consciência da ilicitude da conduta, é preciso que o agente saiba que a conduta que está praticando é uma conduta ilícita; por fim é necessário também que do agente, nas circunstâncias do fato, possa ser exigido uma conduta diversa, pois existem motivos que podem tornar inexigível uma conduta diversa do agente. A falta de um destes três elementos acarreta em exclusão de culpabilidade.³⁴

Conforme o Código Penal brasileiro são causas excludentes da culpabilidade:

A inimputabilidade do agente (doença mental, desenvolvimento mental incompleto, desenvolvimento mental retardado - art. 26);

Desenvolvimento mental incompleto por presunção legal do menor de 18 anos – art. 27;

Embriaguez fortuita completa – art. 28, § 1º; a inexistência da possibilidade de conhecimento do ilícito (erro inevitável sobre a ilicitude – art. 21);

Erro inevitável a respeito do fato que configuraria uma discriminante – discriminantes putativas – art. 20, § 1º); e a inexigibilidade de conduta diversa (coação moral irresistível – art. 22, primeira parte; e a obediência hierárquica – art. 22, segunda parte).

É exigida do autor conduta diversa quando, no momento da ação ou omissão, poderia ter agido conforme o direito, tendo outras possibilidades de fazer o

³⁴ MIRABETE, op. cit., p. 197/198.

que fez sem ferir o ordenamento jurídico. O agente também precisa ser imputável, ter conhecimento do ato ilícito que estava cometendo, e deve ser feita uma análise do caso concreto, das circunstâncias que o levaram a cometer o ato ilícito, para poder exigir-se dele a conduta diversa. Agiu-se por circunstâncias que lhe tiram a reprovabilidade da conduta típica e ilícita que praticou, tem-se a excludente por inexigibilidade de conduta diversa.

A inexigibilidade de conduta diversa deve ser encarada como um princípio geral da culpabilidade, onde somente será punido o agente por conduta delituosa, quando, podendo orientar-se de modo diverso não o faz.³⁵

O pressuposto basilar da inexigibilidade de conduta diversa é a motivação. Se as circunstâncias que levaram o agente a cometer o ato ilícito foram normais, não existe a inexigibilidade, ou seja, a normalidade serve de base principiológica para a fixação da culpabilidade. Se uma situação se torna anormal para os padrões sociais, e esta anormalidade faz com que o agente não possa agir como determina a lei, retira-se dele a carga punitiva, aplicando a inexigibilidade de conduta diversa como excludente de culpabilidade. O grande fundamento da inexigibilidade é o princípio do *nullum crimen sine culpa*, princípio base existente em nosso Código Penal, onde não pode ser penalizado, mesmo que tenha cometido atos ilícitos, quem tenha agido sem culpa.

Figura, ainda como causas excludentes, dentre outras: as dificuldades financeiras, a qual será vista a seguir.

4.3 Dificuldades Financeiras

Diante do aumento constante da carga tributária no País, aliada a outros fatores socioeconômicos (pesados encargos trabalhistas, competitividade internacional, excesso de burocracia, altas taxas de juros etc.), não é difícil imaginar as dificuldades que o empresariado pátrio encontra no desempenho das atividades econômicas.

³⁵ MIRABETE, op. cit., p. 199.

Assim, mesmo o empresário de boa-fé, que procura sempre honrar os compromissos e deveres legais, muitas vezes, no intuito de conservar viva sua empresa, coloca-se diante de dois ou mais valores, entre os quais é preciso escolher um em detrimento de outros.

Por exemplo, por falta de dinheiro em caixa para adimplir todo o complexo de dívidas da empresa, muitas vezes o empresário opta por pagar os salários dos empregados, deixando de quitar, no prazo legal, os tributos devidos.

Surge a indagação se as dificuldades econômicas, enfrentadas pelos administradores no desempenho das atividades econômicas, excluíam a incriminação da conduta de deixar de recolher à Previdência Social os valores descontados dos seus empregados.

Alguns doutrinadores não aceitam a tese da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal, por entender-se que poderia causar insegurança jurídica e prejudicar a sistemática da culpabilidade. Contudo, se não há culpabilidade não pode haver pena, ou mesmo qualquer intervenção estatal com fins exclusivamente preventivos. Culpabilidade é a limitação do poder de punir, e tem função política de garantia da liberdade individual.

Vale lembrar que o STF passou a entender que, para configuração do crime previdenciário, é necessário se aguardar o término do procedimento administrativo, bem como a prova da efetiva supressão da contribuição social. Portanto, não pode haver pena se não houver culpabilidade.

Os Tribunais pátrios têm aceitado a tese das dificuldades econômicas da empresa, na época da falta de repasse das contribuições sociais arrecadadas, como fundamento para impedir a condenação do acusado.

Assim uma das teses de defesa mais vitoriosas nos processos envolvendo os crimes de apropriação indébita previdenciária é a alegação, devidamente provada, de que a empresa, no período em que deixou de recolher as contribuições previdenciárias, estava passando por intransponíveis dificuldades financeiras.

Muitas das absolvições nestes crimes são obtidas graças à comprovação de que o réu não desejava deixar de recolher as contribuições que descontou de seus empregados, mas, visando garantir a vida de sua empresa, optou por pagar salários, insumos e outras despesas.

Para alguns autores, as dificuldades financeiras enfrentadas pelo réu eliminam o elemento subjetivo do tipo, ou seja, o dolo em descontar e não recolher as contribuições previdenciárias. Por esse entendimento, quem se encontra em dificuldades financeiras, a ponto de não poder recolher as contribuições sociais supostamente arrecadadas, não age com vontade livre e consciente, o que serve para afastar o dolo da conduta. Nesse sentido:

Processo penal e direito penal. Apelação intempestiva. Não conhecimento. Inocorrência de alegações finais. Nulidade da sentença. Crime do art. 95, letra “d”, da Lei 8.112/91. constrangimento ilegal. *Habeas Corpus* de ofício.

[...]

Havendo prova eloqüente de que enfrentava dificuldades financeiras que o levaram a perder as máquinas da microempresa e o ponto; morando em pequena casa de aluguel; levando-o a retirar os próprios filhos de escola particular para escola pública, entende-se demonstrada a impossibilidade de recolhimento das contribuições previdenciárias arrecadadas de seus empregados. Em tais condições, evidencia-se a inexistência de comportamento doloso, constituindo-se constrangimento ilegal a condenação do acusado.³⁶

Para outros julgados, porém, essas dificuldades financeiras intransponíveis caracterizam verdadeiro estado de necessidade e afastam a ilicitude da conduta daquele que, em razão delas, deixa de recolher as contribuições previdenciárias descontadas.

Essa tese parte da premissa de que a carga tributária elevada, somada às freqüentes crises ou instabilidades financeiras, obriga alguns empresários a deixar de recolher seus tributos, não de forma espontânea e consciente, mas impelidos por circunstâncias às quais não deram causa e visando garantir a sobrevivência de suas empresas. Nesse sentido:

Penal. Apelação. Contribuição previdenciária. Lei 8.212/91, art. 95, letra “d”. Não recolhimento. Estado de necessidade.

1. Comete crime de apropriação indébita o administrador de empresa que deixa de recolher aos cofres do INSS as contribuições previdenciárias descontadas de seus empregados.

³⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região - 1ª Turma - Apelação Criminal 9605035731/CE – Rel. Juiz Castro Meira – julgado em 02.05.1996, in DJ 31.05.1996, p. 36.970.

2. Tem, porém, a jurisprudência desta corte reiteradamente decidido que, estando comprovadas as dificuldades financeiras da empresa que levaram o agente a omitir o pagamento de tributos, resta configurado o estado de necessidade por exclusão do dolo da conduta.³⁷

Por esse entendimento, é lícita a falta de recolhimento das contribuições arrecadadas, motivada por dificuldades econômicas, quando se pretende manter íntegro outros bens jurídicos (salários dos empregados e conservação da empresa).³⁸

No mesmo sentido: então a conduta típica – apropriar-se de coisa alheia – só é penalmente relevante, se for antijurídica, contrária ao Direito. Se a apropriação indébita estiver autorizada em outro ramo jurídico – exercício regular de direito, estado de necessidade etc. – não poderá trazer consequências penais.³⁹

Claro que, no momento da sentença, todo o conjunto probatório será analisado. Nesse caso, o ônus da prova é do réu, ou seja, ele deve provar que não tinha condições de repassar os valores descontados de seus empregados a título de contribuição previdenciária. Qualquer meio de prova é suficiente para provar a alegada dificuldade financeira na qual se encontrava a sociedade empresária. A perícia contábil é um meio de prova mas não é a única prova capaz de evidenciar os problemas financeiros da empresa.

Com efeito, caberá à defesa trazer aos autos o máximo de documentos e informações que permitam ao juiz, com segurança, absolver o réu.

A inexigibilidade de conduta diversa é causa supralegal de exclusão da culpabilidade. Apesar de o legislador não tê-la previsto, não se pode admitir a punição exclusivamente pela falta de previsão, o que acarretaria injustiças gritantes.

Um dos fundamentos para a aplicação dessa causa supralegal está no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que traz o princípio da ampla defesa. Portanto, a não-exigibilidade de conduta diversa deve ser considerada um princípio geral de exclusão da culpabilidade.

³⁷ BRASIL. TRT 1ª Região – 4ª Turma – apelação criminal 199801000831470/mg – rel. Juíza Eliana Calmon – j. em 29.06.1999 – in: DJ 11.02.2000, p. 202.

³⁸ SLOMP, Rosângela. *A inconstitucionalidade do crime de apropriação indébita previdenciária*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 14.

³⁹ COELHO, Sasha Calmon Navarro; DERZI, Misabel Abreu Machado. *Direito Tributário Atual: pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 229.

O Professor Damásio, ao tratar do tema da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, afirma que: A não-exigibilidade de outra conduta exclui a culpabilidade, pelo que não vê inconveniente que o juiz absolva o agente que atuou sem que se lhe pudesse exigir outro comportamento, ainda que sua situação não se encontre prevista em lei.⁴⁰

4.4 Causas Legais de Exclusão da Culpabilidade

O Código Penal brasileiro prevê em seu art. 22 duas causas legais de inexigibilidade de conduta diversa: coação moral irresistível e obediência hierárquica.

A coação irresistível que tem capacidade de afastar a culpabilidade é a coação moral, ou mais precisamente, a ameaça, já que a coação física exclui a própria ação, não havendo conduta típica. Coação irresistível vicia a real vontade do agente, ela impõe determinado comportamento, tornando difícil ou excluindo a possibilidade de escolha, já que o agente está pressionado pela ameaça. Essa ameaça para ser irresistível não necessita que a vítima seja o próprio coagido ao alguém a ele afetivamente ligado. O que importa é que o medo do agente o impeça de agir livremente. A coação física exclui a ação por ausência de vontade. O executor é considerado apenas um instrumento de concretização da vontade do coator, que, na realidade, é o autor mediato da conduta.⁴¹

Existe à vontade na coação moral, mesmo que seja viciada. Nas circunstâncias em que a ameaça é irresistível não é exigível que o agente se oponha a essa “violência moral” para agir em conformidade com o ordenamento jurídico. Existe vontade, mas ela não é livre.

A irresistibilidade da coação deve ser medida conforme a gravidade da ameaça. Essa gravidade tem que estar relacionada com a natureza do mal e com o poder do coator em produzi-lo. Para ser irresistível não pode independender da vontade do coator, pois deixará de ser grave o mal ameaçado, sendo possível de resistir à

⁴⁰ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. 1º vol. – Parte Geral, 22. ed.; São Paulo: Saraiva, 1999, p. 482.

⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 309/310.

coação, pois será uma ameaça cuja realização encontra-se fora da disponibilidade do coator. Ameaças vagas e imprecisas não podem ser consideradas graves o suficiente para configurar a coação irresistível e justificar a exclusão da culpabilidade. Somente a ameaça grave e iminente tem o poder de caracterizar a coação irresistível prevista no Código Penal. Iminente no sentido à recusa, ou seja, se o coagido recusar, o coator tem condições de cumprir a ameaça, imediatamente, seja pessoalmente ou através de terceiros. Sendo irresistível a coação a solução legal é punir exclusivamente o coator, ou seja, o autor mediato da conduta, não cabendo punição ao executor que agiu como mero instrumento para a concretização do fato.⁴²

Não há o concurso de pessoas pelo fato de o coator ser o único responsável pela conduta delituosa. Porém se a coação for resistível, não haverá a exclusão da culpabilidade, cabendo o concurso de pessoas. Mas mesmo sendo uma ameaça resistível, não se pode negar sua existência, o agente age por causa dessa ameaça, logo, há uma diminuição no grau de reprovabilidade da conduta, e conseqüentemente uma redução da pena a ele aplicada (art. 65, III, alínea “c”, 1ª parte, do Código Penal). Responde o coator como partícipe ou co-autor, com a agravante prevista no art. 62, II.

A segunda hipótese de excludente de culpabilidade é a obediência hierárquica, prevista na segunda parte do art. 22 do Código Penal. A inexigibilidade de conduta diversa por obediência hierárquica só existe nas relações de direito público, as relações da iniciativa privada não são abrangidas por este dispositivo.

Na obediência hierárquica o subordinado cumpre uma ordem ilegal, não manifestamente ilegal, agindo sem culpabilidade, pelo fato de ter avaliado incorretamente a ordem recebida, incorrendo numa espécie de erro de proibição. Exclui-se a culpabilidade do agente porque nas relações de direito público o dever de obediência é uma imposição do próprio Estado. Existindo este dever não há liberdade de opção, não se pode censurar o agente por ter agido contrário ao direito.⁴³

⁴² BITENCOURT, op. cit., p. 310/311.

⁴³ Ibidem, p. 311/312.

4.5 Causas Supralegais de Exclusão da Culpabilidade por Inexigibilidade de Conduta Diversa

A causa supralegal de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa é aquela que, mesmo não estando expressamente prevista nos dispositivos legais, é aplicada em razão dos princípios informadores do ordenamento jurídico.

Ainda causa restrições entre os juristas a aplicação da causa supralegal da inexigibilidade de conduta diversa, sob o argumento de que a aplicação dessa excludente acarretaria em excessiva impunidade dos delitos e diminuição da eficácia da norma penal.

Dentre os que compartilham da mesma opinião está Hans Heinrich Jescheck:

A teoria de existência de uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade consistente na inexigibilidade de outra conduta deve ser afastada, ao menos quanto aos crimes dolosos. É necessário que no âmbito da culpabilidade sejam previstos expressamente os requisitos fixados para as dirimentes; uma causa supralegal de exclusão pela inexigibilidade de conduta diversa implicaria o enfraquecimento da eficácia da prevenção geral do Direito penal e conduziria a uma desigualdade em sua aplicação. É admissível apenas a inexigibilidade de outra conduta, em certas hipóteses, como um princípio regulativo, mas não se pode considerá-la como causa supralegal de exclusão da culpabilidade.⁴⁴

De encontro a essa concepção estão os que admitem a causa supralegal, porém desde que se considere a “não-exigibilidade” em seus devidos termos, ou seja, não como um juízo subjetivo do próprio agente do crime, mas como um momento do juízo de reprovação da culpabilidade normativa, que compete ao juiz do processo.⁴⁵

Um exemplo de causa supralegal de inexigibilidade de conduta diversa é quando uma pessoa é ameaçada de morte por outra, que diz que até o final do dia ela estará morta. Aproveitando-se de um encontro casual entre eles, sem que o coator o visse, dispara contra o mesmo, matando-o, pois já tinha conhecimento que o coator cumpria com suas ameaças. O agente causou uma conduta típica e ilícita,

⁴⁴ JESCHECK, Hans Heinrich., *apud* MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. V 1. São Paulo: Atlas, 2003. p. 198/199.

⁴⁵ TOLEDO, *Apud* MIRABETE, op. cit., p. 199.

não pode alegar legítima defesa, pois a agressão anunciada era futura. Contudo, pode ser afastado o grau de reprovabilidade da conduta sob o argumento de inexigibilidade de conduta diversa. Como este argumento não está previsto em nosso ordenamento jurídico-penal, devemos entendê-la como causa supralegal.

A causa supralegal da inexigibilidade de conduta diversa é uma realidade existente no mundo jurídico, não expressamente tipificada, mas muitas vezes encontrada no exame do caso concreto. Não é possível punir uma pessoa que não pôde agir de forma diversa pelo fato de sua conduta não estar prevista normativamente. Cabe ao juiz o exame do caso concreto para exercer ou não o juízo de desvalor sobre o autor da conduta, tendo como base para sua decisão os princípios informadores do ordenamento jurídico. A causa supralegal surge com a finalidade de trazer às relações jurídicas a possibilidade de aplicação em hipóteses excepcionais, de princípios com base em idéias de justiça, para reconhecer como válidas condutas em que não se pode exigir a conformidade com o Direito.

O ordenamento jurídico brasileiro admite a lesão ao bem de menor valor como única forma de salvar o de maior valor, no estado de necessidade justificante; no caso de bens iguais ou de lesão a bem de maior valor, incide o juízo de censura, no qual está inserido a culpabilidade. A conduta é antijurídica, mas não é reprovável, por inexigibilidade de comportamento diverso (o chamado estado de necessidade exculpante). Considera-se nos dias de hoje a excludente de culpabilidade supralegal como resultado de um “lapidamento” do estudo do juízo de censura pessoal, que não reprova determinadas condutas típicas e ilícitas por considerar o caso concreto e ver que naquele momento não era cabível a exigência de uma conduta diversa, construindo com isso, decisões com maior aplicação da justiça.⁴⁶

4.6 Aplicação nos Crimes Contra a Previdência Social

Dos quatro crimes cometidos contra a Previdência Social, Apropriação Indébita Previdenciária; Sonegação de Contribuição Previdenciária; Falsidade

⁴⁶ MORAES, Carlos Otaviano Brenner de. Inexigibilidade de conduta diversa. Natureza: causa supralegal de exclusão da culpabilidade. *Jus Navigandi*. Teresina, jun. 2000. Disponível em: Acesso em: 19 ago. 2005.

Previdenciária e Estelionato Previdenciário, a inexigibilidade de conduta diversa é mais comumente encontrada no crime de apropriação indébita previdenciária. A inexigibilidade de conduta diversa, como causa supralegal, é quase sempre um dos temas de defesa dos acusados do ato ilícito, que tentam justificar a conduta alegando dificuldades financeiras da empresa.

Desde os tempos da Lei 8.212/95 havia esta alegação de excludente de culpabilidade por dificuldades financeiras no crime previsto no art. 95, alínea, “d”. Inicialmente houve certa resistência dos tribunais a reconhecer algum efeito jurídico a tal situação, com o fundamento de que as empresas estariam aproveitando recursos públicos para finalidades particulares. Toda e qualquer justificativa de exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa esbarrava no fato de que ninguém pode se aproveitar da receita pública para auferir vantagens pessoais, e que essas dificuldades deveriam ser remediadas por empréstimos onerosos, não pelo fácil expediente de transformar recursos públicos destinados ao atendimento da coletividade em recursos privados. É o caráter supraindividual do bem jurídico protegido que deve prevalecer sobre os interesses dos particulares. Vários são os julgados nesse sentido.⁴⁷

Caía-se na velha discussão de enfraquecimento do poder de punir das normas penais pela admissão da causa supralegal de inexigibilidade de conduta diversa, vedando absolvição por causas extralegais, com base na segurança jurídica e na confiabilidade que o Poder Judiciário, ao aplicar a lei no caso concreto, tem que passar a sociedade.⁴⁸

Porém, atualmente, a orientação predominante na jurisprudência é admitir a excludente de culpabilidade supralegal em casos de dificuldades financeiras muito graves. O principal fundamento dessa admissibilidade é o relevante interesse de manter a empresa em funcionamento, evitando a extinção de empregos, única fonte de sustento para a maior parte dos trabalhadores e suas famílias. Torna-se incensurável, nessa circunstância, a conduta de quem opta por dar prioridade ao

⁴⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 2ª Turma. Crime nº 93.04.42775-4/RS. Relator Des. Jardim de Camargo. Porto Alegre, 13 de junho de 1994. Diário da Justiça, Brasília, DF, 14 de set. 1994, p. 51.062.

⁴⁸ MORAES, Carlos Otaviano Brenner de. Inexigibilidade de conduta diversa. Natureza: causa supralegal de exclusão da culpabilidade. Jus Navigandi. Teresina, jun. 2000. Disponível em: jun. 2000.

pagamento da folha de salários e de fornecedores em detrimento da arrecadação tributária.⁴⁹

O crime deve ser analisado em todas as suas circunstâncias, na riqueza do caso concreto. Principalmente por ser a apropriação indébita um crime omissivo e material (conf. orientação STF), caracterizado pelo dolo genérico, não pode ser simplesmente ignorada a questão da dificuldade financeira, sob pena de caracterização de verdadeira responsabilidade penal objetiva, principalmente nos dias de hoje onde a escassez de empregos é tão grande que se admite até o uso de recursos destinados a coletividade para a conservação de uma empresa geradora de empregos.

A dificuldade financeira não é reconhecida, de modo geral, como causa excludente de culpabilidade em crimes contra o patrimônio. Mas no caso da apropriação indébita previdenciária isso decorre da própria estrutura típica, em que o empresário é obrigado a recolher os valores mesmo que não tenha deles efetivamente se apropriado, pelo fato de o pagamento ser anterior à própria arrecadação fictícia dos valores.

No entanto, não é qualquer dificuldade financeira da empresa que caracterizará a situação de admissibilidade da inexigibilidade de conduta diversa. A dificuldade tem que ser extrema, impossibilitando de saldar não apenas as contribuições previdenciárias, mas todos os demais compromissos da empresa, caracterizando um estado de absoluta insolvência. Para comprovar as dificuldades financeiras na alegação da inexigibilidade de conduta diversa, já que o ônus da prova é da defesa, é necessário farto conjunto probatório que demonstre a efetiva impossibilidade de recolhimento das contribuições previdenciárias. As dificuldades

⁴⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal 4ª Região. 1ª Turma. Penal. Omissão de Recolhimento Contribuições previdenciárias descontadas dos empregados. Dificuldades financeiras. Exclusão de culpabilidade ou de injuridicidade. Prova. Dificuldades financeiras muito graves podem justificar a exclusão de culpabilidade (ou de injuridicidade) de quem deixa de recolher no prazo devido as contribuições previdenciárias descontadas dos empregados, tendo em vista o interesse relevante de manter a empresa em funcionamento, evitando a extinção de empregos, única fonte de sustento para a maior parte dos trabalhadores e suas famílias. É incensurável, nessa circunstância, a conduta de quem opta por dar prioridade ao pagamento da folha de salários e de fornecedores, em detrimento da arrecadação tributária. O real empobrecimento dos responsáveis pela firma, resultante da comprovada dilapidação de seu patrimônio particular em benefício da pessoa jurídica, é um dos sinais mais eloquentes da ocorrência da situação excludente (ou justificante). Apelação Crime nº 96.04.30199-3/RS. Relator Amir José de Finocchiaro Sarti. Porto Alegre, RS, 02 de set. de 1998. Diário da Justiça, Brasília, DF, 14 de out. de 1998. p. 491.

financeiras só adquirem relevância, a ponto de gerar a exclusão da tipicidade, quando objetivamente evidenciada sua repercussão na vida pessoal e principalmente no patrimônio pessoal do agente. O real empobrecimento dos responsáveis pela empresa e a comprovada dilapidação do patrimônio particular dos sócios em benefício da pessoa jurídica, é sinal eloqüente da ocorrência da situação excludente.⁵⁰

A prova a ser feita, que é ônus de quem alega a inexigibilidade, é a documental, para reforçá-la admite-se outros tipos de prova, como o depoimento de testemunhas ligadas à empresa, como, por exemplo, contadores, clientes. Mas somente a prova documental incontestável e contemporânea aos fatos, é capaz de admitir a existência da causa supralegal de exclusão de culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa.⁵¹

Com relação ao crime de estelionato previdenciário existem na jurisprudência algumas alegações de inexigibilidade de conduta diversa, feitas principalmente por funcionários do INSS, porém não aceitas como causa supralegal da exclusão de culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa.⁵²

Portanto, admite-se a inexigibilidade de conduta diversa como excludente de culpabilidade nos crimes cometidos contra a previdência social, principalmente no crime de Apropriação Indébita Previdenciária, desde que o agente tenha farto

⁵⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal 4ª Região. 7ª Turma. Direito Penal. Omissão no recolhimento de contribuição previdenciária descontada dos empregados. Apropriação Indébita Previdenciária. Lei 8.212/91, art. 168-A, Código Penal. Para alegação de inexigibilidade de conduta diversa, é necessário farto conjunto probatório que demonstre a efetiva impossibilidade de recolhimento das contribuições previdenciárias descontadas dos salários dos empregados. As dificuldades financeiras da empresa só adquirem relevância para o processo penal quando objetivamente evidenciada a sua repercussão na vida pessoal e principalmente no patrimônio particular do agente, pela razão óbvia de que o crime é da pessoa física e não da pessoa jurídica. Necessário demonstrar, portanto, que as dificuldades financeiras ensejaram o comprometimento ou ameaça ao patrimônio pessoal dos sócios. Habeas Corpus nº 5606 – RS (200404010197855). Rel. José Luiz B. Germano da Silva. Porto Alegre-RS, 03 de ago. de 2004. Diário da Justiça, Brasília, DF, 25 de ago. 2004. p. 674. Disponível em: Acesso em ago.2005.

⁵¹ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *O Crime de Omissão no Recolhimento das Contribuições Sociais Arrecadadas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 148.

⁵² BRASIL. Tribunal Regional Federal 4ª Região. 7ª Turma. Estelionato. INSS. Aposentadoria. Inexigibilidade de conduta diversa não se verificou, pois a existência de excesso de trabalho no INSS não tem o condão de autorizar a prática de ilícitos que tanto oneram os cofres públicos. Deviam os apelantes, então, realizar um número menor de análise de benefícios e não concedê-los “indiscriminadamente” sem realizar as conferências que se faziam necessárias, utilizando-se, inclusive, de análises por amostragem. Apelação Criminal nº 9664 -PR (200204010219258). Rel. Salise Monteiro Sanchotene. Porto Alegre, RS, 08 de out. de 2002. Diário da Justiça, Brasília, DF, 30 de out. 2002. p.1204. Acesso em ago.2005.

conjunto probatório que demonstre a efetiva impossibilidade de recolhimento das contribuições previdenciárias pelas extremas dificuldades financeiras da empresa.

A respeito, vejamos os precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. PEDIDO DE EXPEDIÇÃO DE OFÍCIOS A EMPRESAS E ÓRGÃOS. PRETENSÃO DE COMPROVAR A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. PEDIDO INDEFERIDO PELO MAGISTRADO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. Esta Corte já decidiu, por inúmeras vezes, que o deferimento de diligências é ato discricionário do magistrado, que pode negar os pedidos que considerar protelatórios ou desnecessários, desde que em decisão devidamente fundamentada.

2. No confronto entre o fundamento do Juiz - de que cabe à parte produzir as provas pretendidas - e o argumento da defesa - de que a recorrente, em razão da falência da empresa, não mais possui meios para obter os documentos que comprovariam a inexigibilidade de conduta diversa -, deve prevalecer aquele que beneficia a ampla defesa, o contraditório e a busca da verdade real, ou seja, o da defesa.

3. Embora caiba ao magistrado, de maneira discricionária, decidir pela conveniência da prova, a motivação por ele utilizada pode ser objeto de avaliação. E na hipótese, não tendo o magistrado afirmado que a prova seria desnecessária ou protelatória, e diante da razoabilidade da alegação da defesa, é evidente o constrangimento ilegal.

4. Recurso provido para determinar que sejam produzidas as provas requeridas pela defesa, com a expedição de ofícios aos órgãos e empresas apontados, abrindo-se, após, prazo para a manifestação das partes sobre a prova acrescida, antes da prolação da sentença.⁵³

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTO NÃO ATACADO. SÚMULA 283/STF. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. PRESCINDIBILIDADE DO ESPECIAL FIM DE AGIR OU DOLO ESPECÍFICO (ANIMUS REM SIBI HABENDI). CRIME OMISSIVO PRÓPRIO. DIFICULDADES FINANCEIRAS. EXCLUDENTE DA CULPABILIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. SÚMULA 83/STJ. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles" (Súmula 283/STF).

2. O dolo do crime de apropriação indébita previdenciária é a consciência e a vontade de não repassar à Previdência, dentro do prazo e na forma da lei, as contribuições recolhidas, não se exigindo a demonstração de especial fim de agir ou o dolo específico de fraudar a Previdência Social como elemento essencial do tipo penal.

3. Ao contrário do que ocorre na apropriação indébita comum, não se exige o elemento volitivo consistente no animus rem sibi habendi para a configuração do tipo inscrito no art. 168-A do Código Penal.

⁵³ BRASIL. RHC 20176, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Dje 18/12/2009

4. Trata-se de crime omissivo próprio, em que o tipo objetivo é realizado pela simples conduta de deixar de recolher as contribuições previdenciárias aos cofres públicos no prazo legal, após a retenção do desconto.
5. Para que reste configurada a causa supralegal de exclusão da culpabilidade do omitente, que não faz o recolhimento em decorrência de problemas econômicos ou financeiros, é necessário que o julgador vislumbre a sua plausibilidade, de acordo com os fatos concretos revelados nos autos, cujo reexame seria inviável em sede de recurso especial, a teor do que dispõe o enunciado sumular n.º 7 do Superior Tribunal de Justiça.
6. O dissídio jurisprudencial restou superado, nos termos do enunciado da Súmula 83 desta Corte.
7. Recurso não conhecido.⁵⁴

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INSOLVÊNCIA DA EMPRESA EVIDENTE DIANTE DE SUA FALÊNCIA. DESNECESSIDADE DE PERÍCIA. ORDEM CONDEDIDA.

1. O Laudo Pericial, acostado aos autos, que conclui pela evolução das deficiências financeiras ao longo do período em que ocorreram os fatos que servem de suporte à Ação Penal, evidencia a alegação da defesa de que o contribuinte arrostava dificuldades de monta, que terminaram por levá-lo ao estado falência.
2. Havendo nos autos prova da falência do contribuinte, torna-se desnecessária a realização de perícia contábil, para o fim de constatar-se a impossibilidade de recolhimento daquelas contribuições.
3. O MPF manifesta-se pela denegação da ordem.
4. Habeas Corpus concedido para cassar a sentença condenatória e o acórdão recorrido, determinando-se o trancamento da ação penal instaurada em desfavor da paciente.⁵⁵

⁵⁴ BRASIL. Resp 761907, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 7/05/2007

⁵⁵ BRASIL. HC 50996, Relator para acórdão Ministro Napoleão Nune Maia Filho, DJe 17/12/2007

5 APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O artigo 168-A do Código Penal, como já citado, expressa que: "Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa."

As argumentações que seguem visam demonstrar a incompatibilidade desta norma com os princípios constitucionais pátrios norteadores do direito penal e do direito tributário.

Para tanto, serão analisados a vedação constitucional da não prisão por dívidas, a proteção do direito alimentar do ser humano, o direito ao trabalho e à livre iniciativa e o princípio da vedação do confisco.

5.1 Contribuição Previdenciária e desconto automático sobre a Folha de Salário

A Constituição Federal em seus artigos 194 e 195, dita que a seguridade social (saúde, previdência e assistência social) deve ser provida por toda a sociedade, de forma direta ou indireta, e pelo Estado, que deve provê-la alocando adequadamente os recursos oriundos dos tributos.

As contribuições sociais do empregado em relação à previdência social, recolhidas pelo empregador, para serem entregues ao Estado (INSS), têm como causa a necessidade de assegurar o indivíduo na velhice ou, por exemplo, em acidente que o impeça de trabalhar, são situações que demonstram a importância do recolhimento desta contribuição social enquanto fonte alimentar futura deste indivíduo.

É importante notar que, por força de lei, há impossibilidade de o empregado dispor no presente da quantia destinada à Previdência, observando-se

que, quando o indivíduo trabalha com carteira assinada ele está obrigado a aderir ao plano previdenciário público.

Como razão para estas imposições legais está a consideração por parte do Estado da baixa tendência do ser humano de se precaver para o futuro, o legislador optou não só por restringir o empregado de alocar os seus recursos presentes do modo que quiser como, também, o legislador optou por deslocar a responsabilidade do pagamento e do recolhimento do tributo para o empregador, que o deve fazer na fonte por força de lei.

Tal retenção na fonte não apenas retirara o risco de um eventual não recolhimento por parte do empregado, mas, também, facilita a operacionalização arrecadatória da Administração no sentido desta se comunicar com um indivíduo (empregador), ao invés de vários (empregados), para recolher o tributo.

Apesar de a lei deixar claro que o contribuinte é o empregado e aquele que repassa o dinheiro para o Estado administrar é o empregador, como o valor da contribuição nem chega a passar pelas mãos do empregado, o senso do homem mediano, que compreende relações básicas de causa e efeito, acaba por demonstrar que, na realidade, este tributo é arcado pelo empregador.

5.2 Inconstitucionalidade do art. 168-A, Código Penal

A responsabilidade da obrigação tributária do recolhimento atribuída ao empregador torna clara a evidência econômica de que o valor sequer passa pelas mãos do empregado, até mesmo porque o tributo é descontado na folha salarial e sua alíquota de incidência é proporcional ao salário, o qual quem paga é o empregador.

Assim, é preciso frisar que: o desconto da contribuição é feito no salário do empregado, o qual é arcado diretamente pelo empregador, sendo que o trabalhador com carteira assinada (empregado) não pode optar por não aderir à Previdência e receber o dinheiro que a esta é devido em seu próprio nome. Ou seja, o empregado não pode dispor deste dinheiro imediatamente, mas só no futuro.

A mecânica de funcionamento da contribuição previdenciária sobre a folha de salário possui tanto implicações positivas quanto negativas. Implicações positivas porque busca-se, de modo seguro e constante, garantir o amanhã do ser humano que, inevitavelmente, irá perder sua capacidade produtiva.

Já as implicações negativas, residem na ampla e inconstitucional redação do 168-A, segundo o qual, até mesmo o empregador que não tiver como saldar sua dívida para com o empregado, em razão de crise financeira, pode ter sua liberdade restrita quando o intérprete da lei não atenta para a clara incompatibilidade desta norma com o ordenamento jurídico vigente e seus princípios básicos, como o da razoabilidade.

O tipo penal presente no art. 168-A tido por inconstitucional, para proteger um bem jurídico futuro, acaba por atentar contra direitos fundamentais, tais como o direito de não ser preso por dívidas, o direito alimentar imediato do responsável tributário e, como se demonstrará abaixo, o direito alimentar imediato do próprio empregado, bem como, o art. 168-A atenta contra direitos essenciais para o desenvolvimento da Democracia, tal como o direito de liberdade de iniciativa.

Estes atentados aos direitos fundamentais evidenciam-se ao vislumbrar a relação direta que há entre a contribuição, o salário e os recursos financeiros da empresa e verificamos que a norma penal acaba por punir o empreendedor porque ele fracassou na sua empreitada e não conseguiu lograr recursos para honrar sua dívida previdenciária para com o empregado.

Evidenciam-se, também, quando se atine para o fato de que, muitas vezes, o empregador em crise financeira nunca produziu capital suficiente para realizar o recolhimento e, assim, não tem como se apropriar de algo que não existe. Ou seja, não há como inverter o título de uma posse ilegalmente (que é o que caracteriza apropriação indébita) porque não existe objeto que possa ser possuído.

E estes atentados aos direitos básicos de um Estado de Direito se evidenciam também ao observar o absurdo de que mesmo que a pessoa enquadrada no art. 168-A cumpra a pena, a dívida continuará existindo, não servindo a restrição de liberdade para nada, a não ser esfacelar o direito fundamental de não ser preso por que se deve, retardar a livre iniciativa, elemento

necessário para o aumento do número de empregos e, até mesmo, impossibilitar a satisfação do débito previdenciário, pois quem tem sua liberdade restrita se torna menos produtivo.

5.3 O art. 168-A atenta contra o direito de não ser preso por dívidas

A supremacia da liberdade individual de ir e vir (dignidade humana)⁵⁶ sobre dívidas (capital, coisa) está inserida no nosso ordenamento jurídico em suas raízes positivas e pré-positivas mais profundas, sendo o art. 168-A verdadeiro atentado a esta garantia fundamental-constitucional do indivíduo.

Tal impedimento, inclusive, não apenas está consubstanciado na ordem internacional globalizada, a qual o Brasil deve estar sincronizado, em razão da interdependência entre os Estados, mas, tal impedimento, também, já foi esculpido há tempos na CF em seu artigo 5º, inciso XLI, e parágrafos 1º e 2º, todos os quais, quando operados em conjunto, impedem discriminação atentatória dos direitos e liberdades individuais.

Ora, se a CF, em seu artigo 5º, inciso LXII, diz que não pode haver prisão civil por dívida, não faz sentido a existência de prisão penal por dívida, pois lei que proíbe o menos (esfera civil) não pode proibir o mais (esfera penal).⁵⁷

Além disso, a exceção prevista na norma constitucional da prisão por dívida em razão de não adimplemento de obrigações alimentícias imediatas deve passar pela análise da voluntariedade e da inescusabilidade ou não do inadimplemento da obrigação. Aquele que, por exemplo, deve pagar pensão alimentícia ao filho menor ou ex-cônjuge, só o deve quando isto não for impeditivo de sua própria subsistência. Ora, como se demonstrará no decorrer deste estudo, o responsável tributário que se encontra em situação de crise financeira não está

⁵⁶ BRASIL, Constituição Federal Título I. *Dos Princípios Fundamentais*. "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana".

⁵⁷ BRASIL, Constituição Federal Título II. *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*. Capítulo I. dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. "Art. 5º. LXVII

obrigado a atentar contra sua própria subsistência para proteger bem *futuro* de outrem e, muito menos, está obrigado a ter que salvar este bem futuro em detrimento do bem alimentar presente deste empregado.

É preciso reiterar: o patrimônio (capital, coisa) nunca pode estar acima da liberdade do indivíduo (dignidade humana), a qual, no final das contas, é o que produz, constrói, este próprio patrimônio, sendo inclusive incoerente prender alguém por dívida em razão da redução que isto causará na capacidade deste alguém produzir recursos para saldar seu débito. De um ponto de vista puramente lógico, econômico, é absurdo extinguir a fonte que pode satisfazer o crédito previdenciário.

Também é preciso lembrar que um indivíduo preso, além de ter muito mais dificuldade para saldar suas dívidas, pois se torna menos produtivo, traz para a sociedade um custo, tanto financeiro como comportamental, como as contemporâneas teorias da pena nos ensinam; e lembrar que estamos a dissertar sobre o direito fundamental de liberdade, expresso na CF, que deve ser sempre tutelado de modo imediato por força dos já aludidos dispositivos constitucionais (artigo 5º, incisos LXII e XLI, parágrafos 1º e 2º).

Nesta linha de argumentação sobre a inconstitucionalidade do art. 168-A, Clèmerson Merlin Clève expressa:

A simples tipificação como crime da conduta omissiva do sujeito passivo tributário (contribuinte ou responsável) não é compatível com o texto constitucional à luz de uma leitura mais sofisticada e, especialmente, compromissada com a efetividade da Constituição, assim como dos direitos fundamentais que ela proclama...é evidente que o legislador se houve com excesso. Ele não está a tipificar a conduta fraudulenta, o abuso de confiança (como faz a lei penal-tributária portuguesa, v.g., ou a legislação brasileira revogada), a apropriação em proveito próprio, mas apenas, através de um tipo omissivo próprio, a conduta (no sentido genérico), que consiste em não pagar (satisfazer) obrigação tributária... A medida, pois, é desproporcionada, agredindo o princípio da justa medida. É por isso mesmo, excessiva, desmedida, desajustada, irracional e desarrazoada, resultando na aniquilação injustificada do direito de não-sujeição à privação da liberdade por dívida, previsto no art. 5º, LXVII, da Lei Fundamental da República. Neste ponto é preciso lembrar que o interesse protegido pela norma penal (arrecadação do Estado) não é suficiente para justificar a aniquilação do direito fundamental. Reitere-se: o poder de legislar não implica o de destruir.⁵⁸

⁵⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Contribuições previdenciárias*. Não recolhimento. RT: nº 736, 1997. p. 511 e 525.

Além disso, como é o Estado que gere o recurso oriundo das contribuições previdenciárias dos empregados e o aloca com vistas ao melhor benefício possível para todos, não pode este mesmo Estado utilizar-se de meios penais para aumentar esta arrecadação, pois, quando faz isto, está punindo penalmente uns porque estes uns não tiveram sucesso em gerar capital para repartir com os outros, o que, obviamente, não traria benefícios para ninguém ante a insegurança jurídica e econômica que se instaura nesta situação.

É claro, portanto, que a redação ampla e precária do art. 168-A atenta contra a CF em seus aspectos mais fundamentais e, ao contrário de fomentar o desenvolvimento democrático (que deve ser a finalidade de toda e qualquer norma), acaba por emperrá-lo via desrespeito de direitos fundamentais, via desrespeito da própria dignidade humana, a qual, segundo o filósofo Kant,

seres racionais estão...todos submetidos a esta lei que manda que cada um deles jamais se trate a si mesmo ou aos outros simplesmente como meios, mas sempre simultaneamente como fins em si...aquilo que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ter um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é, um preço, mas um valor íntimo, isto é dignidade..a moralidade, e a humanidade enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que têm dignidade.⁵⁹

5.4 O art. 168-A atenta contra o direito alimentar *imediato* da pessoa humana

Mas não é só. Como a razão do ser humano mediano nos diz que a fonte alimentar imediata do responsável tributário (geralmente o sócio-administrador-empREENDEDOR) também é proveniente de seu trabalho, tem-se, por conclusão lógico-constitucional, que ele também deve ter garantido seu direito alimentar resultante do seu trabalho, o que não acaba ocorrendo quando o mesmo é indiciado por infração ao CP 168-A (que prevê pena de reclusão) em situação na qual a empresa está no prejuízo e só pode pagar ao empregado a quantia que tal empregado, em tendo sua contribuição recolhida ou não, estaria recebendo.

É importante frisar que o direito alimentar imediato deste empregado não está sofrendo dano iminente com o não recolhimento da contribuição, mas o do

⁵⁹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70. p. 76, 77

administrador está, pois a reclusão afeta diretamente o seu direito de trabalhar para adquirir seu alimento e o alimento dos seus.

Ora, nem a CF, nem o senso comum, estabelece que alguém esteja obrigado a perder sua liberdade em razão de causas alheias a sua vontade que privam a fonte alimentar futura de outrem, que é justamente o que ocorre quando uma empresa não tem recursos financeiros para pagar a contribuição previdenciária de seus empregados, pois está no prejuízo, e acaba por ter seu administrador (que pode nem ser sócio) preso porque o tributo devido não foi recolhido e repassado.

Tal responsável tributário está, assim, sendo punido por algo que não causou, visto que ele só pode repassar se recolher, e só pode recolher se existir capital para tanto, sendo obviamente inconstitucional considerar sua liberdade e seu direito alimentar imediato (que será diretamente atacado pela perda da liberdade) menos importante do que o direito alimentar futuro do empregado. Tais direitos nunca nem poderiam se equivaler, pois os bens protegidos pelos dois primeiros são presentes e iminentes e o bem jurídico protegido pelo último é futuro e hipotético.

5.5 O art. 168-A Atenta Contra o Trabalho Humano e à Livre Iniciativa

A CF, em seu artigo 170 vem demonstrar que além de estar em um Estado Social-Democrático, estamos também em um Estado Liberal-Democrático de Direito, ao ditar acerca da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, devendo ser entendido trabalho humano em sentido lato, o qual abarque tanto o trabalho realizado pelo empregado quanto o trabalho realizado pelo responsável tributário, que, em grande parte dos casos enquadrados no tipo penal sob análise, acaba, como já dito, sendo o sócio-empresendedor que administra a pessoa jurídica empregadora e que está sofrendo um processo criminal por não recolhimento do tributo em razão de dificuldade financeira da empresa, dificuldade que, por vezes, está fora de seu controle, tendo em vista as naturais crises de alguns setores do mercado e a dificuldade de obtenção de crédito no sistema bancário, o qual cobra juros altíssimos e, como o próprio Judiciário averigua, muitas vezes ilegais.

O risco da livre iniciativa passa a ser composto por um elemento que tem a potencialidade de diminuir a liberdade fundamental de locomoção do indivíduo que arrisque empreender e não logre sucesso suficiente em sua empreitada que o permita pagar e recolher as contribuições dos empregados.

Desta forma, a amplitude e inconstitucionalidade da redação do CP 168-A pode acarretar em situação absurda: além do risco oriundo da possibilidade de perda e de ganho do empreendimento, o empreendedor passa a estar sob o risco de infringir uma responsabilidade penal em razão de seu negócio dar prejuízo. O fracasso do empreendedor passa a ser punido penalmente.⁶⁰

⁶⁰ Demonstração da inconstitucionalidade da norma penal de apropriação indébita previdenciária a partir de um estudo interdisciplinar:. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11600>, : acesso em: 13 ago. 2008.

CONCLUSÃO

É incontestável a importância da Seguridade Social na proteção à saúde, à assistência social e, principalmente, no amparo previdenciário às pessoas seguradas e seus dependentes, na medida em que assegura sua dignidade e sobrevivência no advento de circunstâncias que as impeçam de provê-las por seus próprios meios.

Uma previdência social pública de qualidade, que atenda aos anseios de proteção social de todo o povo brasileiro, necessita de meios adequados à sua sustentação. A Carta Magna contempla, em seu artigo 195, de forma apropriada, as fontes para o financiamento da Seguridade Social, custeada solidariamente por toda a sociedade, de forma direta e indireta, segundo a capacidade de cada um. Todavia, essas fontes são, muitas vezes, comprometidas pela evasão de receitas mediante condutas criminosas praticadas contra o sistema previdenciário.

O presente trabalho objetivou oferecer um conjunto de informações sobre o crime de apropriação indébita previdenciária, que foi inserido no Código Penal pela Lei nº 9.983/00, abandonando-se a técnica imperfeita dos diplomas legais anteriores, que apresentavam fórmulas incompletas e tipificavam condutas por equiparação ou assemelhação.

Buscou-se, também, abordar várias questões polêmicas relevantes que permeiam o tema, contrapondo-se diversas opiniões doutrinárias e jurisprudenciais a elas relacionadas, sobre as quais destacamos as conclusões que se seguem, sem prejuízo das demais inseridas no curso da exposição.

De acordo com a nova orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, **a apropriação indébita previdenciária não consubstancia crime formal, mas omissivo material** - no *que indispensável a ocorrência de apropriação dos valores, com inversão da posse respectiva*, e tem por objeto jurídico protegido o patrimônio da previdência social, entendeu-se que, pendente recurso administrativo em que discutida a exigibilidade do tributo, seria inviável tanto a propositura da ação penal quanto a manutenção do inquérito, sob pena de preservar-se situação que degrada o contribuinte.

Salientou-se que parte da doutrina e da jurisprudência entende que basta o desconto ou a cobrança da contribuição e que essa não seja repassada aos cofres públicos no prazo legal, para configurar-se o crime, presumindo-se o dolo de forma genérica. Para outra parcela dos operadores do direito, há a necessidade de haver o dolo específico, o ânimo especial de apropriar-se ou de desviar para outros fins os valores arrecadados, a consciência de que havia a obrigação do repasse da contribuição previdenciária, aliada à possibilidade inequívoca de atuar conforme a maneira determinada pela lei.

Tivemos a oportunidade de verificar também que, apesar do novo diploma legal não contemplar a aplicação do princípio da inexigibilidade de conduta diversa decorrente de problemas econômicos ou financeiros que impeçam o recolhimento das contribuições devidas à previdência social, a jurisprudência vem admitindo a absolvição do responsável, desde que inequivocamente comprovada a indisponibilidade financeira da empresa. Atenua-se o rigor da lei, de forma a aplicar-se o mais justo ao caso concreto.

Concluimos que o artigo 168-A do Código Penal atenta contra direitos fundamentais do ser humano e direitos essenciais para o desenvolvimento de um Estado Democrático de Direito. Para tanto, foram analisados a vedação constitucional da prisão por dívidas, a proteção do direito alimentar do ser humano, o direito ao trabalho e à livre iniciativa e o princípio da vedação do confisco.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Leonardo Coelho do. **Reflexos acerca das causas especiais de extinção da punibilidade**. Disponível em: www.direitocriminal.com.br/doutrina/nacional. Acesso em: 26 out. 2008.

BALERA, Wagner. **Apropriação Indébita Previdenciária**. São Paulo: IOB, 2000.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **O Crime de Omissão no Recolhimento das Contribuições Sociais Arrecadadas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BITENCOURT, César Roberto. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL, Constituição Federal Título I. **Dos Princípios Fundamentais**. "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana".

BRASIL, Constituição Federal Título II. **Dos Direitos e Garantias Fundamentais**. Capítulo I. dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. Art. 5º. LXVII

BRASIL. HABEAS CORPUS: HC 96092 SP, relatora Ministra Carmen Lúcia, DJe-121 DIVULG 30-06-2009 public 01-07-2009 ement VOL-02367-04 pp-00589.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 4ª Região. 1ª Turma. Apelação Crime nº 96.04.30199-3/RS. Relator Amir José de Finocchiaro Sarti. Porto Alegre, RS, 02 de set. de 1998. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 14 de out. de 1998. p. 491.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 4ª Região. 7ª Turma. Habeas Corpus nº 5606 – RS (200404010197855). Rel. José Luiz B. Germano da Silva. Porto Alegre-RS, 03 de ago. de 2004. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 25 de ago. 2004. p. 674. Disponível em: Acesso em ago.2005.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 4ª Região. 7ª Turma. Apelação Criminal nº 9664-PR (200204010219258). Rel.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 2ª Turma. Crime nº 93.04.42775-4/RS. Relator Des. Jardim de Camargo. Porto Alegre, 13 de junho de 1994. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 14 de set. 1994. p. 51.062

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região - 1ª Turma - Apelação Criminal 9605035731/CE – Rel. Juiz Castro Meira – julgado em 02.05.1996, in DJ 31.0S.1996, p. 36.970.

BRASIL. TRT 1ª Região – 4ª Turma – apelação criminal 199801000831470/mg – rel. Juíza Eliana Calmon – j. em 29.06.1999 – in: DJ 11.02.2000, p. 202.

CARDOSO, Cíntia Menezes. **Da inexigibilidade de conduta diversa aplicada aos crimes previdenciários**. Disponível em: www.clubjus.com.br, acesso em: 20 Nov. 2007.

CASTRO, Wellington Cláudio Pinho de. Lei 9983/00: crime de apropriação indébita previdenciária. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 44, ago. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1496>>. Acesso em: 8 ago. 2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Contribuições previdenciárias**. Não recolhimento. RT: nº 736, 1997. p. 511 e 525.

COELHO, Sasha Calmon Navarro; DERZI, Misabel Abreu Machado. **Direito Tributário Atual**: pareceres, 2002.

GALVÃO, Robson. **Apropriação indébita previdenciária**: crime formal ou material? Disponível em: <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/314580/> Acesso em: 8 ago. 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Crimes previdenciários**: apropriação indébita, sonegação, falsidade documental, estelionato, a questão do prévio exaurimento da via administrativa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

JESCHECK, Hans Heinrich., *apud* MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. V 1. São Paulo: Atlas, 2003.

JESUS, Damásio E. de. **Código Penal Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2001.

JESUS, Damázio Evangelista de. *Direito Penal*. 1º vol. – Parte Geral, 22. ed.; São Paulo: Saraiva, 1999, p. 482.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1986.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: atlas, 2004.

MONTEIRO, Antonio Lopes. **Crimes contra a previdência social**. São Paulo: Saraiva, 2000.

MORAES, Carlos Otaviano Brenner de. Inexigibilidade de conduta diversa. Natureza: causa supralegal de exclusão da culpabilidade. **Jus Navigandi**. Teresina, jun. 2000. Disponível em: Acesso em: 19 ago. 2005.

SALISE, Monteiro Sanchotene. Porto Alegre, RS, 08 de out. de 2002. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 30 de out. 2002.

SLOMP, Rosangela. **A inconstitucionalidade do crime de apropriação indébita previdenciária**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Apud* MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. V 1. São Paulo: Atlas, 2003.

ZANLUCHI, César Maurício; RIBEIRO, Maria de Fátima Ribeiro. Inexigibilidade de conduta diversa no Direito Tributário Brasileiro em face do tratamento diferenciado

às microempresas e empresas de pequeno porte. **Diritto & Diritti Portale Giuridico**. Itália, dez. 2004. Disponível em: Acesso em: 21 ago. 2005.

SÍTIO

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11600>